BUNDESSOZIALGERICHT

Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 1 KR 28/23 R**
LSG Niedersachsen-Bremen 11.10.2023 - L 4 KR 291/23
SG Hildesheim 24.02.2023 - S 60 KR 334/22

……..,

Kläger und Revisionskläger,

Prozessbevollmächtigte: ……....,

g e g e n

AOK - Die Gesundheitskasse für Niedersachsen,
Hildesheimer Straße 273, 30519 Hannover,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. August 2024 durch den Vorsitzenden Richter Dr. E s t e l m a n n , den Richter Dr. B o c k h o l d t und die Richterin Dr. M a t t h ä u s sowie die ehrenamtlichen Richter R a t t e y und G r o s k r e u t z
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 11. Oktober 2023 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

ECLI:DE:BSG:2024:280824UB1KR2823R0

G r ü n d e :

I

1 Die Beteiligten streiten über die Erstattung der Kosten für eine Kryokonservierung von Samenzellen.

2 Der 1999 geborene Kläger beantragte bei der beklagten Krankenkasse (KK) erfolglos die Übernahme der Kosten einer Kryokonservierung von ihm stammender Keimzellen (Sperma) vor der Durchführung einer beabsichtigten Geschlechtsangleichung von Mann zu Frau *(Bescheid vom 4.1.2022; Widerspruchsbescheid vom 7.4.2022).* Während des Widerspruchsverfahrens schloss der Kläger mit der E GmbH einen Vertrag über die Kryokonservierung und Lagerung von reproduktivem Ejakulat auf unbestimmte Zeit. Das SG hat den ablehnenden Bescheid aufgehoben und die Beklagte zur Übernahme der Kosten der Kryokonservierung verurteilt. Es hat in den Gründen ausgeführt, der Kläger habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Übernahme der Kosten von 693,77 Euro *(Urteil vom 24.2.2023)*. Das LSG hat auf die von ihm zuvor zugelassene Berufung der Beklagten das SG-Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die Voraussetzungen für eine Kryokonservierung nach § 27a Abs 4 SGB V sowie der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) zur Kryokonservierung von Ei- oder Samenzellen oder Keimzellgewebe sowie entsprechende medizinische Maßnahmen wegen keimzellschädigender Therapie (Kryo-RL) lägen nicht vor. Ein Anspruch auf Kostenübernahme einer Kryokonservierung bestehe danach nur, wenn auch die Voraussetzungen einer künstlichen Befruchtung erfüllt seien. Daran fehle es im Fall des Klägers. Eine Geschlechtsangleichung stelle auch keine keimzellschädigende Therapie iS des § 3 Abs 1 Kryo-RL dar. Insoweit fehle es auch an fachärztlichen Feststellungen zu den Voraussetzungen dieser Vorschrift. Es könne offenbleiben, ob die E GmbH ein zugelassener Leistungsträger im Sinne der Kryo-RL sei *(Urteil vom 11.10.2023)*.

3 Mit seiner Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 27a Abs 4 SGB V. Er könne nach der Geschlechtsangleichung eine Ehe mit einer Frau eingehen. Ein Anspruch auf Kryokonservierung bestehe (erst recht) auch bei keimzellvernichtenden medizinischen Behandlungen.

4 Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 11. Oktober 2023 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Hildesheim vom 24. Februar 2023 zurückzuweisen.

5 Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

6 Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Die Voraussetzungen des § 27a Abs 4 SGB V lägen nicht vor. Der geltend gemachte Kostenerstattungsanspruch scheitere zudem auch an der Vorfestlegung des Klägers auf die Selbstbeschaffung der Leistung.

II

7 Die zulässige Revision des Klägers ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung begründet *(§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG)*.

8 Streitgegenstand im Revisionsverfahrens ist nur der Kostenerstattungsanspruch des Klägers iHv 693,77 Euro. Dem steht nicht entgegen, dass - anders als vom SG offenbar angenommen - der Kläger nicht nur die Kosten für die Kryokonservierung und Lagerung der Spermien für das erste Jahr, sondern darüber hinaus einen weiteren Kostenerstattungs- bzw Kostenübernahmeanspruch in Bezug auf die jährlich anfallenden Lagerungskosten begehrt hat. Der Übersendung der Rechnung der E GmbH für das Einfrieren der Spermien, eine Blutentnahme und die Lagerung für das erste Jahr über 693,77 Euro im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes lässt sich eine Beschränkung des Klagebegehrens auf einen Kostenerstattungsanspruch in dieser Höhe nicht entnehmen *(vgl zur Prüfung einer Verletzung von § 123 SGG von Amts wegen im Revisionsverfahren BSG vom 27.5.2014 - B 5 RE 8/14 R - juris RdNr 25; zur Unanwendbarkeit von § 140 SGG bei einer Fehlinterpretation des Klagebegehrens vgl BSG vom 2.4.2014 - B 3 KR 3/14 B - SozR 4-1500 § 140 Nr 2 RdNr 7 ff = SGb 2015, 350 ff mit Anm Wolff-Dellen)*. Nichtzulassungsbeschwerde und Berufung hat jedoch nur die Beklagte eingelegt. Nur insoweit ist die ursprüngliche Klage und damit nur der Kostenerstattungsanspruch iHv 693,77 Euro Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden. Der Kläger hat auch nur beantragt, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. Hingegen hat er nicht durch einen selbstständigen Klageantrag deutlich gemacht, dass er sich nunmehr im Berufungsverfahren insoweit gegen die aus der Nichtentscheidung des SG resultierende, ihn treffende Beschwer wendet und das SG-Urteil angreift. Eine derartige Klarstellung war umso mehr geboten, als der Kläger trotz seines weiter gefassten Begehrens weder Berufung noch später Anschlussberufung eingelegt hat, also bereit war, das SG-Urteil, so wie es ergangen war, rechtskräftig werden zu lassen. Bei einem Sachverhalt wie hier hat der selbstständige Klageantrag des Berufungsbeklagten neben dem Antrag auf Zurückweisung der Berufung die Funktion des Rechtsmittelbegehrens gegen den ihn beschwerenden Teil des SG-Urteils. Dagegen bedurfte es keiner (Anschluss-)Berufung, weil die Nichtentscheidung des SG für sich genommen überhaupt nicht in eine materielle und auch in keine formelle Rechtskraft erwachsen kann, solange der Rechtsstreit noch anhängig ist. Das LSG war aber nicht befugt, von sich aus den Kläger so zu behandeln, als hätte dieser sich seinerseits rechtsmittelähnlich gegen das Urteil gewendet. Den selbstständigen Klageantrag kann der Kläger im wiedereröffneten Berufungsverfahren aber nachholen.

9 Das angefochtene LSG-Urteil ist aufzuheben, weil es auf der Verletzung des § 27a Abs 4 SGB V beruht und sich nicht aus anderen Gründen als richtig erweist. Der Senat kann auf Grundlage der Feststellungen des LSG aber nicht abschließend entscheiden, ob der Kläger einen Sachleistungsanspruch auf Kryokonservierung seiner Samenzellen hatte bzw hat *(dazu 1.)*. Für eine abschließende Entscheidung über den Kostenerstattungsanspruch nach § 13 Abs 3 Satz 1 Fall 2 SGB V fehlt es zudem an Feststellungen des LSG zur Ursächlichkeit der Leistungsablehnung der Beklagten für die Selbstbeschaffung der Leistung *(dazu 2.)*. Die Selbstbeschaffung der Leistung bei einem nicht nach § 6 Kryo-RL berechtigten Leistungserbringer und die fehlende vorherige Beratung des Klägers entsprechend den Anforderungen des § 4 Kryo-RL stehen dem Kostenerstattungsanspruch nicht entgegen *(dazu 3.)*.

10 1. Ein Sachleistungsanspruch des Klägers auf Kryokonservierung seiner Samenzellen, der auch Voraussetzung für den Kostenerstattungsanspruch nach § 13 Abs 3 Satz 1 Fall 2 SGB V ist *(stRspr; vgl zB BSG vom 7.11.2006 - B 1 KR 24/06 R - BSGE 97, 190 = SozR 4-2500 § 27 Nr 12, jeweils RdNr 11; BSG vom 19.10.2023 - B 1 KR 16/22 R - juris RdNr 11, jeweils mwN)*, ergibt sich nicht aus § 27 Abs 1 Satz 1, Satz 2 Nr 1, Satz 5 SGB V *(dazu a)*. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob der Kläger die Voraussetzungen des § 27a Abs 4 SGB V in Verbindung mit der Kryo-RL erfüllt *(dazu b)*. Der Anspruch scheitert jedenfalls nicht daran, dass die Voraussetzungen einer künstlichen Befruchtung nach § 27a Abs 1 SGB V derzeit (noch) nicht vorliegen *(dazu c)*.

11 a) Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Kryokonservierung von Sperma wegen der mit der geschlechtsangleichenden Behandlung (voraussichtlich) verbundenen Infertilität ist nicht bereits nach § 27 SGB V vom Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) umfasst.

12 Nach § 27 Abs 1 Satz 5 SGB V gehören zur Krankenbehandlung auch Leistungen zur Herstellung der Zeugungs- oder Empfängnisfähigkeit, wenn diese Fähigkeit nicht vorhanden war oder durch Krankheit oder wegen einer durch Krankheit erforderlichen Sterilisation verloren gegangen war. Die Krankenbehandlung nach dieser Vorschrift zielt darauf ab, die Fähigkeit ganz oder teilweise wiederherzustellen, um auf natürlichem Wege eine Schwangerschaft herbeizuführen. Maßnahmen, die sich als Teil einer künstlichen Befruchtung erweisen, regelt das Gesetz demgegenüber allein im Rahmen des § 27a SGB V *(vgl BSG vom 17.2.2010 - B 1 KR 10/09 R - SozR 4-2500 § 27 Nr 18 RdNr 14 ff; BSG vom 28.9.2010 - B 1 KR 26/09 R - SozR 4-2500 § 27a Nr 12 RdNr 10, jeweils mwN)*.

13 Die Kryokonservierung des Spermas des Klägers soll der Verwirklichung eines zukünftigen Kinderwunsches im Rahmen einer künstlichen Befruchtung dienen. Sie soll und kann nicht dessen natürliche Zeugungsfähigkeit nach Durchführung geschlechtsangleichender Maßnahmen wiederherstellen.

14 b) Nach § 27a Abs 4 SGB V *(eingefügt durch das Terminservice- und Versorgungsgesetz vom 6.5.2019, TSVG, BGBl I 646)* haben Versicherte Anspruch auf Kryokonservierung von Ei- oder Samenzellen oder von Keimzellgewebe sowie auf die dazugehörigen medizinischen Maßnahmen, wenn die Kryokonservierung wegen einer Erkrankung und deren Behandlung mit einer keimzellschädigenden Therapie medizinisch notwendig erscheint, um spätere medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nach § 27a Abs 1 SGB V vornehmen zu können. Ergänzend regelt § 27a Abs 5 SGB V dazu, dass der GBA in den Richtlinien nach § 92 SGB V die medizinischen Einzelheiten zu Voraussetzungen, Art und Umfang der Maßnahmen nach den Abs 1 und 4 bestimmt. Dies ist mit der zum 20.2.2021 in Kraft getretenen Kryo-RL geschehen *(BAnz AT vom 19.2.2021 B7; vgl zur Konkretisierung des Leistungsanspruchs durch die Kryo-RL BSG vom 28.8.2024 - B 1 KR 21/23 R)*.

15 Die Kryo-RL definiert in § 3 die medizinische Indikation zur Kryokonservierung wie folgt:

> "(1) Für die medizinische Indikation zur Kryokonservierung und für die dazugehörigen medizinischen Maßnahmen nach dieser Richtlinie müssen neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Durchführung einer Kryokonservierung bezüglich einer Erkrankung Behandlungen geplant sein, die nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse keimzellschädigend sein können; dazu zählen insbesondere:
>
> - operative Entfernung der Keimdrüsen,
> - Strahlentherapie mit zu erwartender Schädigung der Keimdrüsen oder
> - potentiell fertilitätsschädigende Medikation."

16 Eine zur Unfruchtbarkeit führende Geschlechtsangleichung von Mann zu Frau kann eine keimzellschädigende Therapie i S von § 27a Abs 4 SGB V und § 3 Kryo-RL sein *(so auch SG Berlin vom 16.11.2022 - S 28 KR 63/22 - juris RdNr 42; Oldenburger in jurisPR-MedizinR 7/2024 Anm 3; Zieglmeier in BeckOGK, SGB V, § 27a RdNr 87, Stand 15.8.2024; aA LSG Niedersachsen-Bremen in der hier angefochtenen Entscheidung vom 11.10.2023 - L 4 KR 291/23 - juris RdNr 32)*. Sie ist vom Wortlaut der Regelungen *(dazu aa)* sowie vom Regelungssystem und -zweck *(dazu cc)* erfasst. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich nichts Gegenteiliges *(dazu bb)*. Regelungssystem und -zweck gebieten es aber, dass nur solche Behandlungen einen Anspruch auf Kryokonservierung begründen, auf die die Versicherten nach dem SGB V einen Anspruch haben *(dazu dd)*. Dies ist bei der geschlechtsangleichenden Behandlung derzeit grundsätzlich nicht der Fall *(dazu ee)*. Dem Kläger kann der geltend gemachte Anspruch auf Kryokonservierung bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen aber nicht versagt werden, sofern die Beklagte die geschlechtsangleichende Behandlung bereits vor Durchführung der Kryokonservierung genehmigt hat oder der Kläger auf das Bestehen seines Anspruchs auf eine geschlechtsangleichende Behandlung vertraut hat *(dazu ff)*.

17 aa) Sowohl § 27a Abs 4 SGB V als auch die vom GBA in § 3 Abs 1 Kryo-RL definierte medizinische Indikation beschränken den Anspruch nicht auf bestimmte Grunderkrankungen, sondern stellen darauf ab, dass zur Behandlung der Grunderkrankung *(§ 2 Abs 2 Nr 1 Kryo-RL)* eine keimzellschädigende Therapie notwendig erscheint *(§ 27a Abs 4 SGB V)* bzw geplant ist *(§ 3 Abs 1*

Kryo-RL). Eine Beschränkung auf bestimmte Erkrankungen oder Krankheitsbilder ist damit nicht verbunden. Aus beiden Vorschriften folgt kein vom SGB V abweichendes Verständnis des Krankheitsbegriffs *(allgemein zum Krankheitsbegriff vgl BSG vom 19.10.2023 - B 1 KR 16/22 R - juris RdNr 15 mwN)*. Dieser Krankheitsbegriff schließt psychische Leiden ein. Auch die in § 3 Abs 1 Kryo-RL nur indirekt und beispielhaft ("insbesondere") angesprochenen Behandlungen, die nach dem Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse keimzellschädigend sein können (operative Entfernung der Keimdrüsen, Strahlentherapie mit zu erwartender Schädigung der Keimdrüsen oder potentiell fertilitätsschädigende Medikation) lassen keinen abschließenden Kanon an allein relevanten Erkrankungen erkennen, die Basis eines Anspruchs auf Kryokonservierung sein könnten. Als Krankheit kommt deshalb auch ein durch Geschlechtsinkongruenz begründeter klinisch relevanter Leidensdruck in Betracht, auch wenn die Transidentität bzw Geschlechtsinkongruenz als solche keine "Krankheit" in Form eines behandlungsbedürftigen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes darstellt *(vgl BSG vom 19.10.2023 - B 1 KR 16/22 R - juris RdNr 18)*.

18 Der Wortlaut des § 3 Abs 1 Kryo-RL führt als keimzellschädigende Behandlung der Erkrankung auch die Keimzellentfernung auf. Die operative Entfernung der Keimdrüsen und die voraussichtlich zu dauerhafter Infertilität führende chemische Kastration sind somit als keimzellschädigende Therapien anzusehen. Daraus, dass nach der Behandlung des durch Geschlechtsinkongruenz bedingten Leidensdrucks keinerlei Keimzellen mehr vorliegen, ergibt sich jedenfalls nicht, dass es sich dabei nicht um einen keimzellschädigenden Eingriff handelt. Insofern ist weder ein Erst-recht-Schluss noch eine analoge Anwendung von § 27a Abs 4 SGB V notwendig, um zu diesem Ergebnis zu kommen.

19 bb) Nichts anderes ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien. Mit § 27a Abs 4 SGB V ist die Möglichkeit der Kryokonservierung geschaffen worden, "wenn aufgrund einer Erkrankung (z. B. einer Krebserkrankung oder einer rheumatologischen Erkrankung) und deren Behandlung mittels einer keimzellschädigenden Therapie die Gefahr der Unfruchtbarkeit besteht" *(BT-Drucks 19/6337 S 87)*. Dieser Begründung mit ihren aufgeführten Beispielen lässt sich zwar entnehmen, dass den Verfassern des Gesetzentwurfs vordringlich somatische Erkrankungen vor Augen gestanden haben mögen. Schon der Gesetzentwurf ist aber nicht dem Referentenentwurf gefolgt, der die Kryokonservierung auf die Infertilität "wegen einer Krebserkrankung" beschränken wollte *(zum Referentenentwurf Waßer/Hertrich, SGb 2023, 269, 271 mwN in Fn 30)*. Da die Aufzählung jedoch ausdrücklich nur beispielhaft erfolgt ist und eine gegenteilige Regelungsabsicht ohnehin im Wortlaut der Vorschrift keinen Niederschlag gefunden hat, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte kein tragfähiger Anhaltspunkt dafür, dass die hormonelle oder operative Behandlung eines durch Geschlechtsinkongruenz begründeten klinisch relevanten Leidensdrucks keine geeignete medizinische Indikation sein kann.

20 cc) Die Ansicht des LSG, die Voraussetzungen des § 27a SGB V seien nicht gegeben, weil die Unfruchtbarkeit als eine unvermeidbare Folge der Geschlechtsumwandlung bewusst in Kauf

genommen werde und daher notwendiges Therapieziel sei, findet im Gesetzeswortlaut wie auch in der Kryo-RL keine Stütze. Ihr stehen überdies das Regelungssystem und der Zweck der Regelungen zur Kryokonservierung entgegen.

21 Die in § 27a Abs 4 SGB V geregelte Kryokonservierung dient als akzessorische Nebenleistung dazu, den mit der "eigentlichen" Krankenbehandlung nach § 27 SGB V (erwartbar) verbundenen Verlust der Fortpflanzungsfähigkeit mit eigenen Keimzellen durch die Erhaltung der Möglichkeit einer künstlichen Befruchtung auszugleichen *(vgl BT-Drucks 19/6337 S 87; Oldenburger, jurisPR-MedizinR 7/2024 Anm 3)*. Dieser Zweck schließt die zu erwartende Infertilität durch eine medizinisch erforderliche *(siehe dazu noch unten RdNr 22 ff)* geschlechtsangleichende Behandlung eines durch Geschlechtsinkongruenz bedingten krankheitswerten psychischen Leidensdrucks mit ein. Hierbei handelt es sich nicht um eine freiwillig und bewusst in Kauf genommene Folge eines indikationslosen Beweggrundes, sondern um die Behandlung einer Krankheit *(vgl BSG vom 19.10.2023 - B 1 KR 16/22 R - juris RdNr 13 ff)*. Darin liegt zugleich ein entscheidender Unterschied zur bewusst in Kauf genommenen Kinderlosigkeit bei einer nicht auf Krankheit beruhenden Sterilisation. Bei dieser kann eine Einstandspflicht der Solidargemeinschaft nicht mehr angenommen werden, weil der Bedarf wesentlich der individuellen Lebensplanung der Betroffenen und deren eigenverantwortlichem Handeln zuzurechnen ist *(vgl dazu BSG vom 22.3.2005 - B 1 KR 11/03 R - SozR 4-2500 § 27a Nr 1 = juris RdNr 32 ff)*.

22 dd) Regelungssystem und -zweck gebieten es aber, dass für den Anspruch auf Kryokonservierung nicht jegliche Behandlungen der Grunderkrankungen, die keimzellschädigend sein können *(§ 3 Abs 1 Kryo-RL)*, ausreichen. Vielmehr kommen nur solche Behandlungen in Betracht, auf die die Versicherten nach dem SGB V Anspruch haben. Das folgt aus dem Charakter der Kryokonservierung als akzessorischer Nebenleistung. Akzessorische Nebenleistungen sind dadurch gekennzeichnet, dass auf sie nur insoweit ein Anspruch besteht, als auch eine Hauptleistung beansprucht werden kann. So sieht § 60 Abs 1 Satz 1 SGB V die Übernahme von Fahrkosten vor, wenn sie im Zusammenhang mit einer Leistung der KK aus zwingenden medizinischen Gründen notwendig sind. Auch der Anspruch auf Haushaltshilfe nach § 38 SGB V knüpft an die dort genannten Leistungen der KK an. § 27a Abs 4 SGB V stellt zwar nicht ausdrücklich einen solchen Zusammenhang zu einer Leistung nach dem SGB V her, sondern spricht nur allgemein von Behandlung. Die Kryokonservierung soll jedoch die Option einer künstlichen Befruchtung in der Zukunft offenhalten. Sie ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck. Dass es sich bei den Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung nur um solche Maßnahmen handeln kann, die Gegenstand des Leistungskatalogs der GKV sind, zeigt sich schon daran, dass die Kryokonservierung und ihre Aufrechterhaltung als Leistung der GKV ihrerseits an das Versicherungsverhältnis und dessen Fortbestand gebunden sind. Der Anspruch auf Kryokonservierung unterliegt deshalb ebenso wie die Behandlung der Grunderkrankung dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V.

23 Danach müssen die Leistungen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die KKn nicht bewilligen. Eine Behandlung, die nicht dem allgemeinen Qualitätsgebot *(§ 2 Abs 1 Satz 3 SGB V)* entspricht, ist nicht notwendig. Das gilt auch für Behandlungen, auf die aus anderen Gründen im Rahmen der GKV kein Anspruch besteht, insbesondere wegen einer noch fehlenden positiven Empfehlung des GBA *(§ 135 Abs 1 SGB V)*.

24 Sofern diese Voraussetzungen des Wirtschaftlichkeitsgebots nicht vorliegen und sich ein Anspruch auf die Behandlung nicht aus § 2 Abs 1a SGB V oder aufgrund Systemversagens *(siehe dazu ua BSG vom 16.9.1997 - 1 RK 28/95 - BSGE 81, 54 = SozR 3-2500 § 135 Nr 4 = juris RdNr 35; BSG vom 12.8.2009 - B 3 KR 10/07 R - BSGE 104, 95 = SozR 4-2500 § 139 Nr 4, RdNr 21; BSG vom 7.5.2013 - B 1 KR 44/12 R - BSGE 113, 241 = SozR 4-2500 § 13 Nr 29, RdNr 16 ff; zur Verfassungsmäßigkeit vgl BVerfG vom 23.3.2017 - 1 BvR 2861/16 - juris RdNr 5)* ergibt, schlägt die Verletzung des allgemeinen Qualitätsgebots und damit des Wirtschaftlichkeitsgebots auf den Anspruch auf Kryokonservierung durch. Eine solche, aus Sicht des Wirtschaftlichkeitsgebots des § 12 Abs 1 SGB V nicht notwendige Behandlung vermag keinen Bedarf nach einer von der Gemeinschaft der Beitragszahler zu übernehmenden Kryokonservierungsleistung zu begründen.

25 ee) Nach der jüngsten Rechtsprechung des Senats handelt es sich bei der Diagnose und Behandlung eines durch Geschlechtsinkongruenz verursachten Leidensdrucks mittels Körpermodifizierung um eine neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode, die dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach § 135 SGB V unterfällt *(BSG vom 19.10.2023 - B 1 KR 16/22 R - juris RdNr 27 ff)*. Bis zum Erlass eines entsprechenden GBA-Beschlusses nach § 135 Abs 1 SGB V, der bislang nicht vorliegt, haben Versicherte mit einem solchen Leidensdruck nach § 27 SGB V grundsätzlich keinen Anspruch auf eine geschlechtsangleichende Behandlung. Dies hat der Senat für eine beidseitige Mastektomie bei einer non-binären Person entschieden *(BSG, aaO)*. Es gilt in gleicher Weise auch für die hier in Rede stehende Hormonbehandlung bei Transsexualität im bisherigen Sinne *(vgl bereits BSG, aaO, RdNr 17, 39)*. Im Rahmen des § 27a Abs 4 SGB V hat dies zur Folge, dass auch ein Anspruch auf Kryokonservierung ausgeschlossen ist. Denn aufgrund der noch ausstehenden Entscheidung des GBA fehlt es an einem Leistungsanspruch der Versicherten auf eine geschlechtsangleichende, potentiell keimzellschädigende Behandlung.

26 ff) Auch wenn § 135 Abs 1 SGB V einem Anspruch des Klägers auf eine geschlechtsangleichende Behandlung entgegensteht *(vgl BSG vom 19.10.2023 - B 1 KR 16/22 R - juris RdNr 27 ff)*, schließt dies einen Anspruch auf Kostenerstattung bzw -übernahme für eine im Vorfeld der geplanten Hormonbehandlung zur Geschlechtsangleichung durchgeführte Kryokonservierung nicht grundsätzlich aus.

27 Hat die Beklagte die geschlechtsangleichende Behandlung bereits vor Durchführung der Kryokonservierung genehmigt, begründet dieser Verwaltungsakt den Anspruch des Klägers auf Behandlung mit der potentiell keimzellschädigenden Hormonbehandlung gegen die Beklagte. Dieser Anspruch würde zwischen den Beteiligten mit Bindungswirkung für das vorliegende Verfahren feststehen *(§ 77 SGG)* und wäre die Grundlage des Anspruchs auf Leistungen der Kryokonservierung.

28 Ist ein solcher Genehmigungsbescheid nicht ergangen, kommt ein Anspruch des Klägers aufgrund von Vertrauensschutz in Betracht. Dafür ist ausreichend, dass die geschlechtsangleichende Behandlung auf der Grundlage eines die Kryokonservierung einschließenden Behandlungsplans unmittelbar durch einen Leistungserbringer der GKV begonnen wurde.

29 (1) Der Senat hat bereits entschieden, dass höchstrichterliche Urteile zwar kein Gesetzesrecht sind und keine vergleichbare Rechtsbindung erzeugen können. Der aus Art 20 Abs 3 GG hergeleitete Grundsatz des Vertrauensschutzes kann es allerdings gebieten, einem durch gefestigte Rechtsprechung begründeten Vertrauenstatbestand erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit einer geänderten Rechtsprechung oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall Rechnung zu tragen. Er hat im Hinblick auf seine bisherige Rechtsprechung zum Transsexualismus gefolgert, es liege nahe, dass die KKn für bereits begonnene Behandlungen von Transsexuellen aus Gründen des Vertrauensschutzes die Kosten wie bisher weiterhin zu übernehmen haben *(BSG vom 19.10.2023 - B 1 KR 16/22 R - juris RdNr 39; zweifelnd insoweit Hauck, SGb 2024, 381, 388)*.

30 Im Rahmen der Gewährleistung verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutzes kommt dem Umstand besonderes Gewicht zu, dass das SGB V durch seine höchstrichterliche Auslegung und die darauf fußende Verwaltungspraxis der KKn die Grundlage dafür geschaffen hat, dass Versicherte Dispositionen im Hinblick auf geschlechtsangleichende Behandlungen getroffen haben, die gravierende körperliche Eingriffe beinhalten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein erster nicht unwesentlicher körperlicher Eingriff schon stattgefunden hat.

31 (2) Vor diesem Hintergrund sieht es der Senat als verfassungsrechtlich geboten an, dass eine bereits als Sachleistung zu Lasten der KK erbrachte geschlechtsangleichende Behandlung für die hier entscheidende Frage, ob der Kläger zum Zeitpunkt des Beginns der kryokonservierenden Maßnahmen einen Anspruch nach § 27a Abs 4 SGB V hatte, nicht einer erneuten Anspruchsprüfung nach den Maßstäben der jüngsten Rechtsprechung des Senats unterzogen wird. Wurde die geschlechtsangleichende, also körpermodifizierende Behandlung im Rahmen des die GKV beherrschenden Sachleistungsprinzips *(§ 2 Abs 2 SGB V)* unmittelbar durch einen Leistungserbringer der GKV begonnen (etwa durch die vertragsärztliche Verordnung von Hormonpräparaten) und lag der Behandlung ein die Kryokonservierung einschließender Behandlungsplan zugrunde, begründet dies auch ohne vorherige Genehmigung der Behandlung ein schutzwürdiges Vertrauen des Versicherten. Denn die KK kann Versicherten, denen die Krankenbehandlung

als Sachleistung ohne Vorabentscheidung der KK gewährt wurde, aus Gründen des Vertrauensschutzes das Fehlen von Leistungsvoraussetzungen regelmäßig nicht entgegenhalten *(BSG vom 9.6.1998 - B 1 KR 18/96 R - BSGE 82, 158 = SozR 3-2500 § 39 Nr 5 = juris RdNr 20 ff; BSG vom 9.10.2001 - B 1 KR 26/99 R - BSGE 89, 34 = SozR 3-2500 § 18 Nr 8 = juris RdNr 16; BSG vom 27.1.2021 - B 6 A 1/19 R - juris RdNr 28).*

32 Ob die vorgenannten Voraussetzungen für einen Vertrauensschutz des Klägers hier vorlagen, hat das LSG - von seinem rechtlichen Standpunkt aus folgerichtig - nicht festgestellt.

33 c) Die weitere Voraussetzung des § 27a Abs 4 SGB V - die Möglichkeit einer späteren medizinischen Maßnahme nach Abs 1 - wäre beim Kläger jedenfalls gegeben.

34 Grundsätzlich unzutreffend ist insofern die Annahme des LSG, ein Anspruch auf Kryokonservierung bestehe nur, wenn auch die Voraussetzungen einer künstlichen Befruchtung nach § 27a Abs 1 bis 3 SGB V durchgängig erfüllt werden. § 27a Abs 1 SGB V setzt nach Nr 3 die Ehe der beiden Personen, die die Maßnahme zur Herbeiführung der Schwangerschaft in Anspruch nehmen, voraus. Nach Nr 4 ist nur die homologe Befruchtung unter Verwendung von Ei- und Samenzellen der Ehegatten zulässig. Diese Voraussetzungen müssen jedoch im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Kryokonservierung nach Abs 4 noch nicht vorliegen *(so ausdrücklich die Gesetzesbegründung, BT-Drucks 19/6337 S 87)*. Es muss lediglich die Möglichkeit bestehen, dass mit dem konservierten Material ein Anspruch zu Lasten der GKV umsetzbar ist *(vgl Fahlbusch in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 27a SGB RdNr 69 ff, Stand 15.6.2020; Padé/Lungstras in v Koppenfels-Spies/Wenner, SGB V, 4. Aufl 2022, § 27a RdNr 42)*.

35 Im Falle des Klägers ist auch nach der erfolgten Geschlechtsänderung die Möglichkeit gegeben, dass ein Anspruch nach Abs 1 umsetzbar ist. Denn er kann nach eherechtlichen Vorschriften die Ehe mit einer Frau eingehen und mit dieser dann unter Verwendung der kryokonservierten Samenzellen eine homologe Befruchtung durchführen. Die gleichgeschlechtliche Ehe ist in Deutschland bereits seit 2017 kodifiziert *(§ 1353 Abs 1 Satz 1 BGB idF des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017, BGBl I 2787)*. Es ist ebenso denkbar, dass im Falle einer medizinisch notwendigen Retransition der Kläger dann wieder als Mann eine Ehe mit einer Frau eingeht und im Rahmen dieser eine homologe Befruchtung erfolgt.

36 Aus dem Urteil des Senats vom 10.11.2021 *(B 1 KR 7/21 R - BSGE 133, 134 = SozR 4-2500 § 27a Nr 21)* ergibt sich nichts anderes. Denn der Senat hat darin allein über die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses einer heterologen Insemination in einer gleichgeschlechtlichen Ehe entschieden *(vgl § 27a Abs 1 Nr 4 SGB V)*. Im Falle des Klägers besteht in den vorgenannten Konstellationen indes die Möglichkeit einer homologen Insemination.

37 Unschädlich wäre auch, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Leistungserbringung das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Es soll gerade auch Versicherten, die im jungen Lebensalter wegen einer Erkrankung behandelt werden, ermöglicht werden, später bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 27a Abs 1 und 3 SGB V die Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft vorzunehmen *(vgl BT-Drucks 19/6337 S 87)*.

38 2. Käme das LSG im wiedereröffneten Berufungsverfahren unter Berücksichtigung der vorstehenden Maßgaben zu dem Ergebnis, dass dem Kläger ein Sachleistungsanspruch auf die Kryokonservierung seiner Samenzellen bereits im Zeitpunkt der Selbstbeschaffung zustand, wären hinsichtlich des geltend gemachten Kostenerstattungsanspruchs für die selbst beschafften Leistungen nach § 13 Abs 3 Satz 1 Fall 2 SGB V noch Feststellungen zur Ursächlichkeit der Leistungsablehnung der Beklagten für die Selbstbeschaffung der Leistung erforderlich.

39 Nach ständiger Rechtsprechung des BSG setzt der Kostenerstattungsanspruch nach § 13 Abs 3 Satz 1 Fall 2 SGB V voraus, dass zwischen der zu Unrecht erfolgten Leistungsablehnung durch die KK und der Selbstbeschaffung der Leistung ein ursächlicher Zusammenhang besteht *(vgl BSG vom 8.9.2015 - B 1 KR 14/14 R - juris RdNr 9 mwN)*. An dem erforderlichen Kausalzusammenhang fehlt es, wenn der Versicherte schon vor der Entscheidung der KK auf die Selbstbeschaffung der Leistung vorfestgelegt ist *(vgl BSG vom 10.3.2022 - B 1 KR 6/21 R - SozR 4-2500 § 13 Nr 56 RdNr 17 mwN)*. Eine solche Vorfestlegung liegt vor, wenn der Versicherte sich unabhängig davon, wie die Entscheidung der KK ausfällt, von vornherein auf eine bestimmte Art der Krankenbehandlung durch einen bestimmten Leistungserbringer festgelegt hat, wenn er also fest entschlossen ist, sich die Leistung selbst dann zu beschaffen, wenn die KK den Antrag ablehnen sollte *(vgl BSG, aaO, mwN)*.

40 Hierzu hat das LSG bislang keine Feststellungen getroffen.

41 3. Dem Kostenerstattungsanspruch stünde jedenfalls nicht entgegen, dass sich der Kläger die Leistung ohne die nach § 4 Kryo-RL erforderlichen Beratungen und bei einem nicht nach § 6 Kryo-RL berechtigten Leistungserbringer beschafft hat.

42 Versicherte, denen ihre KK rechtswidrig Leistungen verwehrt, sind nicht prinzipiell auf die Selbstbeschaffung der Leistungen bei zugelassenen Leistungserbringern verwiesen. Sie müssen sich nur eine der vorenthaltenen Naturalleistung entsprechende Leistung verschaffen, dies aber von vornherein privatärztlich außerhalb des Sachleistungssystems. In diesem Fall ziehen die Bestimmungen für privatärztliche Leistungen und nicht diejenigen für das Naturalleistungssystem die Grenzen für die Verschaffung einer entsprechenden Leistung *(stRspr; vgl ua BSG vom 11.9.2012 - B 1 KR 3/12 R - BSGE 111, 289 = SozR 4-2500 § 27 Nr 23, RdNr 33; BSG vom 11.9.2018 - B 1 KR 1/18 R - BSGE 126, 258 = SozR 4-2500 § 13 Nr 42, RdNr 34; BSG vom 29.8.2023 - B 1 KR 13/22 R - SozR 4-2500 § 27a Nr 22 RdNr 16, 19)*.

43 4. Das LSG wird die gebotenen Feststellungen nachzuholen haben. Die Kostenentscheidung bleibt ihm vorbehalten.

Estelmann Matthäus Bockholdt